

Zaffaroni, Eugenio Raúl

El derecho penal y la filosofía

X Jornadas de Investigación en Filosofía

19 al 21 de agosto de 2015

El derecho penal y la filosofía
Eugenio Raúl Zaffaroni

Por vez primera debo exponer las relaciones entre el derecho penal y la filosofía ante quienes no se interesan especialmente por el derecho penal, sino, justamente, ante quienes son filósofos. No me resulta sencillo colocarme en el lugar del otro y ponerme a responder la pregunta consabida: ¿Qué hacen los penalistas con nuestro saber? Con las limitaciones del caso, intentaré explicar algunas cosas, sólo para proporcionar una idea muy general.

La primera dificultad es el prejuicio intelectual del encasillamiento, que hace que todo lo referido a la represión punitiva se le pregunte al penalista, presuponiendo que el penalista domina la *cuestión criminal.* Esto es falso, porque el penalista puro sabe muy poco o casi nada acerca de la *cuestión criminal*.

La *cuestión criminal*, la realidad acerca del control social punitivo, de la forma en que se reparte el poder punitivo, en que funcionan las agencias de ese poder y demás datos de la realidad, son materia de otras disciplinas: sociología, historia, ciencia política, antropología, etnología, psicología, etc.

Nadie abarca todo ese saber, aunque ese conjunto heterogéneo de conocimientos que permite arrimarse a la realidad del control social punitivo, suelen sintetizarse en algo que se llama *criminología*, y que se pretendió considerar que era *una ciencia interdisciplinaria*. Es claro que no existen *ciencias interdisciplinarias*, pues cada una tiene sus propios métodos y horizontes de proyección o, por decirlo de alguna manera más gráfica, los libros están separados. La *criminología* existe, pero no es *una ciencia*, sino el conjunto de todos los aportes que diversas ciencias o saberes hacen, desde sus respectivos ámbitos de conocimiento, al conocimiento del control social punitivo.

¿Y en penalista qué hace, qué sabe, de qué se ocupa? La respuesta debe vencer una segunda dificultad, que no resulta de ningún prejuicio, sino del uso polisemántico –por no decir *equívoco*- de la expresión *derecho penal.* Esto es tan problemático, que es lo primero que debe explicarse a quien se acerca a la materia: (a) Cuando decimos *el derecho penal no prohíbe tal o cual cosa*, nos referimos a la *ley penal*, que es obra de un legislador, es decir de un político. (b) Cuando decimos *el derecho penal no puede resolver este problema*, me hablamos del ejercicio mismo del poder punitivo, es decir, el que ejercen los policías, los jueces, etc., o sea, las agencias del poder punitivo. (c) Cuando decimos *el derecho penal no registra antecedentes de esto*, hablamos de las sentencias, es decir, a qué resuelven los jueces, o sea, a la llamada *jurisprudencia.* (d) Recién cuando decimos *el derecho penal no estudió este problema*, estamos hablando del *penalista*, del jurista penal, del doctrinario.

Es en este último sentido que me referiré aquí al vínculo de la filosofía con el derecho penal, es decir, con la doctrina jurídico-penal.

¿Pero qué es lo que hace esta teoría penal? ¿Para qué se hace y para qué sirve?

El penalista toma las leyes (la Constitución, los tratados internacionales y las leyes propiamente penales) y las *interpreta*, construyendo un *sistema,* con el objeto de lograr una aplicación más coherente, no contradictoria, menos irracional y antojadiza y más previsible.

Analiza exegéticamente los textos, los desmonta por así decir, construye conceptos más generales y de ese modo elabora una teoría, un sistema. ¿Para qué? Para que los operadores del aparato jurídico lo usen y apliquen a los casos particulares, es decir, que elabora un programa *político* para el ejercicio del *poder jurídico (judicial) del estado.*

Ensenada, 19 al 21 de agosto de 2015
ISSN 2250-4494 - http://jornadasfilo.fahce.unlp.edu.ar/

Otro objetivo de esta teoría penal es el formativo, es decir, facilitar el aprendizaje de la materia en la tarea de entrenar a los futuros operadores de las agencias jurídicas.

Es posible que el saber de los juristas tenga también otro efecto tangencial. Al elaborar una teoría coherente, suelen ponerse de manifiesto contradicciones irreductibles en la letra de la ley, oscuridades en los textos o errores incluso materiales, que un legislador responsable (cada día hay menos en el mundo actual) los puede tomar en cuenta y corregir legislativamente. Además, si se trata de códigos, por lo general su proyección se encarga a juristas. Pero este es un efecto tangencial y accidental, no propio de los objetivos centrales de la tarea del penalista, que siempre son programar jurisprudencia y facilitar la formación de los operadores.

En esta tarea propia, el penalista no puede prescindir de la filosofía. Aquí me topo con la voz *filosofía,* y no ignoro el uso dispar –y a veces disparatado- que se hace de ella, como tampoco las discusiones entre filósofos. Por eso me limitaré a aclarar que cuando me refiero a que el penalista no puede elaborar su doctrina sin apelar a la filosofía, sólo quiero decir que no lo puede hacer (a) sin una determinada *concepción antropológica* ni (b) prescindiendo de una *teoría del conocimiento.*

Con esto estoy lejos de afirmar que todo penalista tenga claras estas vigas maestras. Lo único que pretendo significar es que si el penalista pretende construir una doctrina o teoría más o menos coherente, *debe comenzar por tener clara una concepción de lo humano y una teoría del conocimiento.*

Las teorías jurídico-penales que han dejado huella lo lograron merced a que partieron de estos cimientos, aun cuando en muchas ocasiones se haya tratado de concepciones antropológicas aberrantes o de teorías del conocimiento insostenibles por sus resultados prácticos y políticos y, aunque sea para rechazarlas y aún repudiarlas, mal que no pese, siempre es menester recordarlas.

Esto es inevitable, porque una doctrina penal, como programa político (de ejercicio del poder jurídico) que es, no puede tener coherencia si carece de una concepción básica de los humano y no se vale de una teoría del conocimiento adecuada a su objetivo. No hay programa político mínimamente racional sin estas premisas. El resto es *jurisconfusión* que se pierde en las toneladas de papel que, en beneficio de los bosques, se podrían haber ahorrado sin lamentar su ausencia.

Pueden ustedes penar que toda ciencia es *interpretativa* y, por lo tanto, la doctrina penal también lo es, siendo las leyes sus objetos de conocimiento.

No entraré en discusiones al respecto (y menos postularía una separación neta entre *Natur-* y *Kulturwissenschaften*), pero lo cierto es que, por lo menos, debe reconocerse una diferencia fundamental con otros saberes: el saber de la doctrina jurídico-penal no es progresivo y acumulativo. Hay idas y vueltas, avances y retrocesos, y además, todo depende desde qué perspectiva se valore algo como avance o retroceso.

Los andirivienes de la doctrina penal son prácticamente milenarios, tanto como la antigüedad de los esfuerzos jurídicos sistemáticos en la materia.

Aunque la manualística corriente engaña limitándose a poco más de dos siglos, lo cierto es que este saber arrancó hace mil años en las universidades del norte de Italia, cuando los príncipes comenzaron a retomar el papel de víctimas y el monopolio de la venganza (se conoce esto como *expropiación o confiscación del conflicto*, por oposición a las soluciones reparadoras de los germanos y a la decisión por lucha, ordalía o *prueba de Dios*).

Los primeros penalistas se llamaron *glosadores*, porque ante la falta de leyes decían comentar las leyes imperiales romanas, o sea, las más represivas de la antigua

Roma, recopiladas por orden de Justiniano, un emperador de Constantinopla (conforme a lo que se denomina la *recepción del derecho romano*).

En realidad, los glosadores no comentaban mucho, sino que exponían los argumentos y sus contrarios y daban su opinión. La doctrina penal de los glosadores era bastante confusa y simplista, pero comenzaron a elaborar cierto sistema, con un fondo algo aristotélico o cercano, que entendía que la pena debía ser una respuesta a la culpabilidad del infractor y a la gravedad del ilícito. Puede verse en esto la semilla de un *derecho penal de culpabilidad*, retributivo, con medida, que presuponía la libre determinación de la persona.

En el siglo XIII aparecieron los primeros criminólogos etiológicos (estudiosos del origen o causas del delito o del mal), los demonólogos, casi todos dominicos, quienes montados en una cosmovisión agustiniana pervertida y absolutamente misógina, entendían que la mujer era un ser biológicamente (genéticamente) inferior que, por serlo, se prestaba a pactar con Satán (que en hebreo significa *enemigo*).

La criminología biológica de los demonólogos entraba en contradicción con la doctrina retributiva de culpa de los glosadores: si la mujer esa inferior, comprendía menos, no podía ser más reprochada que el hombre, que era más inteligente. ¿Cómo se la podía penar con mayor severidad? En razón de su peligrosidad: surge así el *derecho penal de peligrosidad*.

Aunque la Iglesia Romana casi dejó de quemar brujas en el siglo XV, en 1497, como coletazo final, se publicó un manual que sintetizaba el saber penal de los criminólogos peligrosistas (*Martillo de las brujas*), que fue rápidamente adoptado por los tribunales laicos, que siguieron quemando brujas en cantidad, en particular en la Europa central alemana.

En el siglo XVI un médico, Joahn Wier o Weyer, publicó un libro afirmando que las brujas eran enfermas *melancólicas* (la melancolía se convertirá luego en *histeria*) y que, por ende, debían ser libradas a los médicos. Esta fue la primera tentativa de patologización total del delito y, por ende, de invención de las *medidas de seguridad para inimputables*, que dieron lugar a los modernos manicomios judiciales.

En 1631, un jesuita poeta y teólogo, Friedrich Spee von Langenfeld, publicó un libro (*Cautio criminalis*) en que no discutía la existencia de las brujas ni se metía en planteo teórico alguno, sino que verificaba que la quema de brujas era producto de la corrupción de los príncipes, de sus funcionarios mafiosos, de los teóricos delirantes y que, en definitiva, se trataba de un crimen similar al cometido por Nerón con los cristianos. Este libro es la primera crítica dura al ejercicio del poder punitivo, que inauguró la hoy llamada *criminología crítica.*

En estas posiciones, o sea, *derecho penal de culpabilidad o de peligrosidad, reproche jurídico o peligrosidad policial, pena retributiva o pena curativa, ser humano culpable o patológico, crítica al poder punitivo como arbitrariedad corrupta de los poderosos o funcional a éstos*, están planteadas todas las cuestiones que se discutirán en los cuatro o cinco siglos sucesivos y hasta el presente, aunque se refinen e incluso se mezclen, oscurezcan o confundan los conceptos.

Todas estas discusiones se reflejan en forma sintética en una pregunta básica: ¿Para qué se pena? ¿Para qué sirve la pena?

En el siglo XVIII el Iluminismo retomó a Spee (aunque casi no lo mencionó) y trató responder a esta pregunta haciendo uso de la *razón.* ¿Pero qué significaba esta *razón*, esta *racionalidad*?

Era la *racionalidad cartesiana*, que separaba tajantemente al humano de la naturaleza, dejando a ésta en condición de objeto a dominar, en el sentido de Francis Bacon: *saber es poder, poder para dominar, la ciencia siempre quiere saber acerca de*

un objeto para dominarlo. Sin proponérselo se introduce la semilla de la discriminación y el racismo.

En esa relación baconiana de sujeto-objeto, el objeto está siempre debajo, es algo que se lanza contra el sujeto (ob-yecto), que hay que vencer, y cuando el objeto de conocimiento es otro humano, corre igual suerte, como luego en la antropología colonialista del siglo XIX.

Por otra parte, el *saber para poder* baconiano se acumula sobre el *sujeto* y lo *sujeta*, lo aplasta (*sub-yecto*), tremenda metáfora de la tecnología de dominación de la naturaleza, que hoy pone en peligro la subsistencia de la especie.

Pero el saber baconiano es acumulativo, progresivo en tiempo lineal, nuestra concepción civilizatoria del tiempo, la del industrialismo y de la tecnología, es lineal, el tiempo como flecha. Y la pena no puede escapar a este destino: Nietzsche tenía razón: la pena es *venganza-Rache* contra el tiempo-*Zeit*, me vengo porque no puedo hacer que lo que fue no haya sido.

El liberalismo que siguió al Iluminismo se esforzó por limitar la pena dándole racionalidad, para lo cual desarrolló finamente las ideas retributivas cuya simiente provenía de los viejos glosadores. Por eso estaba inhabilitado para reconocer que la pena siempre, en diversa medida, tiene algún contenido de venganza, porque ésta no es racional (sólo, Freisler, uno de los peores criminales del nazismo, lo reconoció con frontal brutalidad).

Para eludir la venganza debió obviar toda la realidad del poder punitivo, todo dato social empírico, y optar por la construcción de *cómo debía ser el estado y el derecho* y de allí *deducir cómo debía ser la pena.* El mayor nivel de fineza racionalista fue el de Kant, aunque cabe señalar también a Hegel, con otro concepto de *razón.*

Estas *grandes deducciones* siguen en pie hasta la actualidad. Los penalistas las suelen llamar *teorías absolutas de la pena*, conforme a una clasificación que hizo Anton Bauer, un penalista de Göttingen, que en 1830 clasificó las respuestas en *absolutas* (las deducciones) y *relativas o preventivas*, generales (para intimidar o disuadir) o especiales (para neutralizar al infractor). Hasta hoy se maneja la bicentenaria clasificación de Bauer en el penalismo contemporáneo.

Este intento de legitimar cierta medida de pena para limitar al poder punitivo, propio del liberalismo, ha dejado en la doctrina penal el vicio del *deductivismo* como el de la presunción indiscutible del *preventivismo.*

En efecto, desde el liberalismo hasta hoy el penalista suele decidir primero para qué y cómo *debe ser la pena*, para luego y en base a esa decisión construir toda su teoría penal según ese *deber ser* que, por supuesto, *no es.* Lo grave es que la teoría que construye sirve para que los jueces impongan penas, que se cumplen como en realidad *son* y no como cada penalista imagina que *deben ser*.

A veces pienso que hay una enorme convención de penalistas –vivos y muertos- y el viejo Bauer se pasea con una bandeja de posibles funciones de la pena y cada cual elige una para construir su teoría, sin que falten glotones que se comen toda la bandeja y construyen doctrinas totalmente incompatibles y nebulosas, faltas de cualquier base antropológica.

Pero no todo fue tan lineal siquiera, pues cuando la burguesía europea logró desplazar a la nobleza (o la hija del *príncipe di Salina* casó a su hija con el burgués rico), el liberalismo y el contractualismo pasaron de moda y volvió el viejo Wier con la patologización biologista del delito. Los médicos en maridaje con las policías (el más *taquillero* fue Lombroso, pero cada país europeo tuvo su propio médico legisla) enmarcaron sus teorías reduccionistas en el marco general del colonialismo trazado por

Herbert Spencer. El racismo hizo su entrada triunfal y el derecho penal se degradó a un orden policial sobre *inferiores y degenerados* biológicos.

El marco de este derecho penal no pensante, reduccionista, racista y policial, no era otro que el del neocolonialismo. Digamos que este grosero eurocentrismo biologista también se alimentó desde el idealismo, por cierto que mucho más finamente, con el *Geist* hegeliano, cuya filosofía de la historia es la glorificación del colonialismo y del neocolonialismo.

El penalismo inspirado en Hegel sostenía que a los infractores pertenecientes al intragrupo correspondía retribuirles su culpabilidad, en tanto que los del extragrupo no podían ser penados, porque al no haber alcanzado el momento dialéctico del *espíritu objetivo*, sus acciones no tenían relevancia jurídica. De este modo combinaron penas retributivas para los culpables (*gente como uno*) y *medidas de seguridad* para los otros (locos, indios, habituales, profesionales, etc.). En su vertiente más reaccionaria esto derivó en el penalismo fascista italiano.

El reduccionismo biologista, por su parte, se fue mezclando con un funcionalismo sistémico delirante enraizado con el mito de *raza superior* y dio lugar, finalmente al *derecho penal del nazismo.* La función de la pena para éste era sólo la de eliminar a los traidores alemanes (enemigos declarados), pero no a los no alemanes (judíos, gitanos, etc.), porque a éstos los eliminaban por vía del derecho administrativo, puramente policial.

Al sobrevenir el desastre, con millones de muertos pobres en melanina, el eurocentrismo entró en pánico: se había retorcido y había causado su propio genocidio interno. Cundió el espanto, el miedo que impulsa la razón, y se subieron a las leyes internacionales principios elementales de antropología jurídica: *todo ser humano es persona*.

No fue la meditación y el pensamiento que hicieron eso, sino el miedo. El derecho penal se constitucionalizó y de internacionalizó. La antropología jurídica básica pasó a ser un mandato legal y dejó de ser una libre elección del penalista.

Pero la doctrina penal, hasta el presente, no logra deglutir del todo este cambio y hace esfuerzos por tratar de eludir sus consecuencias. ¿Cómo lo puede hacer frente a un mandato supremo? Mediante una teoría del conocimiento que le permite neutralizar el mandato constitucional e internacional. Así lo viene haciendo por vía del neokantismo sudoccidental y de las otras versiones *de normativismo puro.*

Una teoría del conocimiento que limite su horizonte al campo del *deber ser*, obstruyendo cualquier dato proveniente del campo del *ser,* es el instrumento ideal, pues por esta vía construye un sistema coherente, lógicamente completo, sin contradicciones, pero agotado en lo que *debe ser*, desentendido por completo de *lo que es.* Como el objetivo de esta doctrina penal es la no contradicción del sistema, eleva la lógica a ontología.

Al mismo tiempo esto permite que la doctrina penal se vista de *ciencia*, con cierta vocación *fisicalista*, arrimándose a un neopositivismo aparece cercana a una *ciencia dura.*

Esta posición proviene de Alemania, donde predominó entre 1933 y 1945, permitiendo que los penalistas se mostrasen como asépticos, científicos puros, ajenos a la política, mientras interpretaban las más aberrantes leyes penales del nazismo.

En este período hubo una corriente nazista minoritaria, que sostenía la politización del derecho penal, enfrentada al neokantismo, desde una perspectiva sistémica (el sistema era la *comunidad del pueblo,* la *Volksgemeinschaft*). Era aberrante, pero en cuanto a la politización, era correcta.

Cabe precisar que la doctrina penal de nuestros días discute más o menos los mismos parámetros: por un lado un *normativismo puro*, por otro un ensayo *sistémico.*

Este es, pues, en la más estricta síntesis, el largo entramado del derecho penal y la filosofía. Como verán no es sencillo y pareciera que se halla hoy en un callejón sin salida. ¿Será eso verdad, o la propia filosofía le proporcionará una salida?

Veamos. Signos positivos hay. Ante todo, nuestro tiempo ha demostrado, como lo sostenía Marx, que si bien el derecho en general tiende a ser un instrumento de las clases dominantes, esta no es una fatalidad sino un accidente del derecho. Hoy son los intereses más elitistas de cualquier parte del planeta los que se esfuerzan por hacer del derecho penal un instrumento suyo, en tanto que las clases subordinadas y las minorías discriminadas tratan de usarlo para abrir espacios de igualdad.

En efecto: la consagración medrosa de una antropología jurídica elemental en las leyes máximas introdujo una contradicción interna que permite este juego en la doctrina. En tanto que una buena parte elude la cuestión mediante un normativismo -a veces férreo por imperio del contraste grosero con la realidad que golpea sus puertas-, otra se esfuerza por llegar a lo mismo con un culto al *ser*, aunque desformado por una forzamiento de la sociología sistémica, a veces incoherentemente cerrado con una cita de autoridad hegeliana.

En el plano de lo normativo (leyes máximas) están consagrado el principio antropológico básico: *todo ser humano es persona*. En el plano de la realidad, verificamos que nunca está del todo cumplido. El *ser* y el *deber ser* se separan. Lo cierto es que históricamente nunca han coincidido del todo en ningún lugar, sin que sepamos si la coincidencia perfecta será alguna vez posible, en especial en cuanto al principio de igualdad.

Lo cierto es que hay un *deber ser* consagrado, que cumple una función heurística, nos dice hacia dónde debemos marchar, y hay un grado de realización social que nos dice dónde estamos parados, es decir, desde dónde debemos partir.

Si orientamos nuestras construcciones para que los operadores, conscientes de su punto de partida actual, es decir, incorporando los datos sociales, verificando el grado relativo de *realización del deber ser en el plano de la realidad social*, decidan coherentemente impulsarlo en el sentido del deber ser normativo, veremos que vamos por el buen camino.

Sólo se trata de eludir el *reduccionismo normativista*, que puede llevar a una construcción alucinada y negadora de la realidad del mundo, y también el *reduccionismo más o menos sociologizante*, que nos puede conducir a decisiones *pragmáticas* aberrantes, pues del *ser* es muy poco lo que puede extraer el *deber ser* en este sentido (quizá no en otros). Eludir los extremos no significa ignorarlos, pues no podemos ignorar lo *normativo* (porque no sabríamos hacia dónde marchar) ni lo *social* (porque no sabríamos desde dónde partimos).

Por cierto que en el plano doctrinario habrá quien pretenda empujar al *ser* con más o menos energía, pero al menos todas las doctrinas jurídico-penales así orientadas siempre irán en el mismo sentido.

¿Y la pena? ¿Qué respondemos a la función de la pena? ¿Para qué sirve en el marco de este planteo?

Todas las teorías de la pena (la bandeja de Bauer) son falsas o bien, si alguna vez cumplen alguna de esas funciones, eso no permite generalizarlas. En el plano sociológico sabemos que tiene múltiples funciones, pero nunca una sola y definida. No es que la pena no sirva para nada, sino que sirve para muchas cosas y no las tenemos todas claras.

Sin embargo, hay un dato histórico y sociológico que no podemos ignorar: cada vez que el poder punitivo –la pena- se desborda, hay un genocidio. *No ha habido genocidio que no haya sido cometido por las agencias del poder punitivo o con su intervención decisiva*. Y la antropología jurídica elemental ha llegado a las leyes por miedo al genocidio o a otras matanzas estatales. En todo genocidio, el poder punitivo y el crimen más grave incurren en el escándalo de superponerse e identificarse.

La pena está allí, es un hecho político innegable, un *factum* irreductible a la razón, puede ser más o menos irracional, pero nunca del todo racional. Lo que sabemos a ciencia cierta es que hay que *limitarla y contenerla* para evitar el genocidio, y esta es la *función del derecho penal, del ejercicio del poder jurídico de contención.*

Una última cuestión: ¿Si la pena no es racional, por qué no hacerla desaparecer?

Ha habido muchas propuestas en ese sentido, antiguas y modernas. Entre las antiguas se encuentran todas las vertientes del anarquismo que, en definitiva, son *jusnaturalismos radicales* nutridos de diferentes puntos de partida filosóficos e ideológicos: liberal, socialista, cristiano, positivista.

Entre las propuestas modernas, en las últimas décadas del siglo pasado surgió el llamado *abolicionismo*, que también reconoce diferentes bases filosóficas: fenomenológicas, marxistas, culturalistas.

Hacer desaparecer al poder punitivo, si es que un día es posible, es una tarea que excede con mucho a la pobre y limitada doctrina penal, que sólo se propone proyectar jurisprudencia.

La propuesta abolicionista importa un profundo cambio civilizatorio, porque nuestra civilización tiene asumido el tiempo lineal y, vuelvo a recordar a Nietzsche, que hablaba con un caballo pero a veces daba en la tecla: así como lo expresó su Zarathustra, la venganza no desaparecerá mientras no cambiemos nuestra idea del tiempo, porque *die Rache ist gegen die Zeit.* En esta civilización por lo menos, la modesta misión de la doctrina penal no puede ser otra que la de contener el desborde de la punición y, de este modo, prevenir el genocidio.

En la actualidad, la pena ha alcanzado su máximo de irracionalidad. Como hace años lo señalara la criminóloga canadiense Ruth Morris, se convirtió en una *cuestión de fe*, en una *idolatría* que tiene sus integristas, fundamentalistas y fanáticos, que no sólo la legitiman en cualquier extensión, rompiendo todas las barreras doctrinariamente construidas en tiempos anteriores, sino que *creen* que es posible resolver todo con ella (desde curar la drogadicción hasta salvar el Amazonas), la creen *omnipotente*.

Frente a esa *fe idolátrica irracional* nos inclinamos por el *agnosticismo penal*, sabemos que la pena sirve para varias cosas, no todas buenas, que nunca es del todo racional y que, lo importante para la construcción teórica no es inventarle funciones ni elegir una accidental de ella, sino limitarla. La limitación y contención de la pena es una tarea *racional* frente al peligro del genocidio y, por ende, una doctrina penal con ese objetivo, necesariamente también puede ser racional.